



De la posible impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales

David Pérez Millán

Profesor Ayudante de Derecho Mercantil (Universidad Complutense de Madrid)

Comunicación presentada a la Jornada Internacional “Reflexiones sobre la Junta General de las sociedades de capital”, organizada en el marco del proyecto de investigación SEJ 2007-63752/JURI “Estudio de la función de la Junta General en las sociedades de capital: problemas y propuestas de solución”, cuyo investigador principal es el Prof. RODRÍGUEZ ARTIGAS.

1. Introducción

El tratamiento de los pactos parasociales experimenta una evolución, precisamente, por lo que se refiere a aquellos más habituales en la práctica y que más dificultades ofrecen a la dogmática jurídica, esto es, los que se proyectan sobre sociedades de capital. Si tales acuerdos venían caracterizados por su falta de publicidad, hasta el punto de que las pocas normas que hasta hace poco se referían a los mismos los califican como «pactos reservados» (arts. 7.1 II LSA y 11.2 LSRL), puede apreciarse de un tiempo a esta parte una tendencia a imponer o, cuando menos, a fomentar su publicación, de suerte que, en cuanto a las sociedades cotizadas, se exige publicar ciertos pactos parasociales (arts. 112, 116 LMV), y fuera de ese ámbito, se favorece la publicidad registral de los denominados como protocolos familiares (Disp. final segunda, ap. 2, Ley 7/2003; RD 171/2007). De forma paralela, mientras que hasta no hace mucho dominaba la opinión que excluía la eficacia de los pactos parasociales frente a terceros, cabe observar en la actualidad ciertos intentos, al menos doctrinales, dirigidos a reforzar la eficacia de tales acuerdos entre los contratantes y hasta, en algunos casos, frente a terceros, fundamentalmente la sociedad y quienes pretenden adquirir la condición de socios (por todos, PAZ-ARES, «El *enforcement* de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 5/2003, pgs. 19 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, «El “*enforcement*” societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado», *RdS* 29, 2008, pgs. 171 y ss.).

Efectivamente, en los planteamientos tradicionales en la materia se ha defendido siempre la eficacia de los pactos parasociales exclusivamente entre quienes los suscriben, sin que, al contrario, resulten oponibles a terceros, incluida la sociedad (cfr. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, pgs. 103 y 104; GARRIGUES, «Los sindicatos de voto», *RDM*, 1955, pgs. 101 y 102; MAMBRILLA, «Caracterización jurídica de los convenios de voto entre accionistas», *RDM* 181-182, 1986, pg. 325; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, voz «Pacto parasocial», *EJB*, III, Madrid, 1995, pgs. 4714 y 4715). Se trataría simplemente de una manifestación del principio de relatividad de los contratos (art. 1275 I CC), que se habría consagrado expresamente para los pactos referidos a sociedades de capital (arts. 7.1 II LSA y 11.2 LSRL) (en este sentido, v. ALONSO LEDESMA, voz «Pactos parasociales», *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, 2006, pg. 856).

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han ido reconociendo a los pactos parasociales ciertos efectos respecto de la sociedad. En primer lugar, ante pactos en cuya virtud se otorgan ventajas para la sociedad a cargo de los contratantes (concesión de crédito, aportaciones suplementarias, reintegración del patrimonio en caso de pérdidas, obligaciones de no competencia, exclusivas de venta o comisión, deberes de adquirir sus productos o contratar sus servicios), al entender que la sociedad puede reclamar las obligaciones asumidas por los intervinientes en el pacto parasocial, aun cuando no sea parte del mismo, por aplicación de lo previsto genéricamente para los contratos a favor de tercero (art. 1275 II CC). Ahora bien, no parece que lo anterior sea incompatible con el discurso más clásico en torno a los pactos parasociales, precisamente porque la calificación del pacto en tal caso como un contrato a favor de tercero confirma la separación entre dicho acuerdo y el contrato de sociedad (OPPO, «Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società», Riv. dir. civ., 1987, I, pg. 522).

Con todo, el cambio más llamativo en cuanto a la eficacia frente a la sociedad de los pactos parasociales consiste seguramente en admitir, bajo determinadas circunstancias, que pueda impugnarse un acuerdo social por contravenir un pacto del que se deriva, directa o indirectamente, una cierta vinculación del derecho de voto para los contratantes. Esta opinión se está consolidando en nuestra doctrina con apoyo en determinadas resoluciones jurisprudenciales [cfr. SSTs de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6194); de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1600); de 10 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1204); así como PÉREZ MORIONES, *Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima*, Valencia, 1996, pgs. 483 a 485; ALONSO LEDESMA, *ob. cit.*, pg. 857; FERNÁNDEZ DEL POZO, *ob. cit.*, pg. 175; pero, sobre todo, PAZ-ARES, *ob. cit.*, pgs. 33 y ss.].

Parece que cabe reproducir así en nuestro ordenamiento el debate doctrinal suscitado en Alemania a partir de la jurisprudencia que, aunque ante supuestos muy concretos, ha admitido la impugnación de acuerdos sociales por infracción de acuerdos que vinculan el derecho de voto en sociedades limitadas (sentencias del BGH de 25 de enero de 1983, y de 27 de octubre de 1986; para un resumen de lo afirmado en dichas resoluciones, y de las distintas opiniones al respecto, v. M. WINTER, «Satzungsergänzende schuldrechtliche Abreden?», *ZHR* 154, 1990, pgs. 265 a 268; y RODEMANN, *Stimmbindungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten*

Deutschlands, Englands, Frankreichs und Belgiens, Köln-Berlin-Bonn-München, 1998, pgs. 84 y 97;). Esta corriente jurisprudencial ha sido recibida, aun con diferencias en cuanto a su fundamentación, por los tribunales austriacos (sentencia del OGH de 5 de diciembre de 1995, y VAVROVSKY, *ob. cit.*, pg. 122). Más obstáculos, sin embargo, encuentra este tipo de tesis en la doctrina italiana, si bien hay posturas aisladas que, a la luz de la experiencia germana, se muestran favorables a una evolución en una línea semejante (v. TORINO, *Contratti parasociali*, Milano, 2000, pgs. 354 a 359), mientras que para el ordenamiento portugués se establece legalmente que en base a los acuerdos parasociales no pueden ser impugnados los actos de la sociedad o de los socios para con la sociedad (art. 17.1 CSC).

2. La ejecución específica del pacto parasocial

En cualquier caso, la posibilidad de impugnar acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales depende de que, con carácter previo, se admita la ejecución específica de las obligaciones asumidas en virtud del pacto. Al contrario, si ante el incumplimiento del acuerdo se concede únicamente el derecho a una indemnización así como la facultad de resolver del pacto, difícilmente podrá llegar a plantearse la impugnación de un acuerdo social que infrinja lo previsto en un pacto parasocial.

Así, en nuestra doctrina se defiende la ejecución forzosa de lo dispuesto en un pacto parasocial, incluso respecto de aquellos tipos de acuerdos en los que la cuestión presenta más dificultades de orden teórico y práctico, como sucede con los pactos dirigidos, en general, a alcanzar o mantener el control en la sociedad y, en particular, con los acuerdos que tienen por objeto el ejercicio del derecho al voto en junta (VICENT CHULIÁ, «Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto», en *Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pgs. 1212 y 1240; PÉREZ MORIONES, *ob. cit.*, pgs. 468 a 474; PAZ-ARES, *ob. cit.*, pgs. 22 a 26), aunque no haya consenso en cuanto al cauce procesal a seguir (en la actualidad, cfr. arts. 706, 708, 709 y 710 LEC).

También en Alemania se reconoce tanto en la jurisprudencia como en la doctrina la ejecución en forma específica de los contratos que vinculan el derecho de voto, pese a los problemas procesales y sustantivos que la cuestión plantea (v. Sentencia del BGH de 29 de mayo de 1967; y, entre otros, BAUMANN/REISS, «Satzungsergänzende Vereinbarungen–Nebenverträge im Gesellschaftsrecht. Eine rechtstatsächliche und

rechtsdogmatische Untersuchung», *ZGR*, 1989, pg. 185; ZÖLLNER, «Zur Schranken und Wirkung von Stimmbindungsverträgen», *ZHR* 155, 1991, pgs. 185 a 189; ZUTT, «Einstweiliger Rechtsschutz bei Stimmbindungen», *ZHR* 155, 1991, pgs. 191 y 196 y ss.). Otro tanto sucede en Austria (VAVROVSKY, *Stimmbindungsverträge im Gesellschaftsrecht*, Wien, 2000, pgs. 147 y ss.), mientras que la *specific performance* se admite, sin más, tanto en el Reino Unido (para referencias jurisprudenciales y doctrinales, v. RODEMANN, *ob. cit.*, pg. 345), como en los Estados Unidos [section 7.31(b) Revised MBCA; FLETCHER, *Cyclopedia of the Law of Corporations*, V, § 2067, septiembre 2008, v. también los comentarios y trabajos citados ya en «Specific Enforcement of Shareholder Voting Agreements», *U. Chi. L. Rev.* 15, 1948, pgs. 743 y 744]. En Italia, en cambio, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan por rechazar la ejecución específica de los acuerdos sobre el voto, por dificultades de técnica jurídica, algunas propias del ordenamiento italiano, pero también, en última instancia, por los posibles efectos para la sociedad, tercero respecto del pacto (para un resumen de las distintas aportaciones al respecto, v. TORINO, *ob. cit.*, pgs. 363 y ss.; y cfr. también lo afirmado en SANTINI, «Esecuzione specifica di accordi parasociali?», *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, 1968, en especial, pgs. 490 y 491).

De la viabilidad de la ejecución específica respecto de las obligaciones contenidas en un pacto parasocial se derivaría, a su vez, la posibilidad de remover o deshacer la situación jurídica que resultara de la violación de dicho acuerdo (en nuestro Derecho *ex art. 1098 II CC*); es decir, en los pactos que regulan el ejercicio del derecho al voto podría convocarse una junta, en la que se procediera a la ejecución forzosa de la obligación derivada del pacto parasocial que hubiera incumplido con anterioridad alguno de sus firmantes, siempre y cuando no se vieran perjudicados por ello los derechos de terceros, y en particular los de los socios que no fuesen parte del acuerdo (PAZ-ARES, *ob. cit.*, pg. 28; para el ordenamiento alemán, v. K. SCHMIDT, en SCHOLZ, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 9. Aufl., Köln, 2002, II, § 47 Rdn. 60; y RODEMANN, *ob. cit.*, pgs. 146 y 147).

Como se verá, lo anterior explica que se permita recurrir a la impugnación del acuerdo adoptado como consecuencia de la infracción de las obligaciones derivadas de un pacto parasocial. Ahora bien, a la inversa, el ejercicio de una acción de este tipo, al menos cuando pretende sustituirse un acuerdo social previo, encuentra dificultades similares a las que plantea la impugnación de acuerdos sociales por violación de pactos

parasociales. En ambas hipótesis del remedio que se defiende ante la infracción del pacto parasocial pueden derivarse efectos para quienes, en principio, son terceros con relación al mismo, la sociedad y los socios ajenos al pacto, con la diferencia de que mediante la impugnación se persigue directamente que se declare la ineficacia del acuerdo social. En todo caso, pues, han de establecerse los requisitos que permiten oponer el contenido del pacto parasocial a la sociedad, con la necesidad de distinguir a esos efectos, en primer lugar, según los sujetos que lo hayan suscrito.

3. Las partes del pacto parasocial

La doctrina española considera que cabe la impugnación de acuerdos sociales por infringir lo dispuesto en pactos parasociales cuando los intervinientes en el pacto coinciden con los socios (cfr. PAZ-ARES, *ob. cit.*, pg. 36; ALONSO LEDESMA, *ob. cit.*, pg. 857; FERNÁNDEZ DEL POZO, *ob. cit.*, pgs. 174).

Parece que, en realidad, se precisa sólo que todos los socios sean parte del pacto parasocial, pero no que todos los que suscriben el pacto sean socios. Así sucede, sin ir más lejos, en uno de los supuestos en los que nuestra jurisprudencia ha admitido la impugnación de un acuerdo social, aparentemente por violación de un pacto parasocial, al haber acordado previamente el socio único que un porcentaje de sus derechos en la sociedad correspondían al tercero que impugna el acuerdo social [STS de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6194)].

En los casos examinados por la jurisprudencia alemana, en cambio, los pactos ante cuyo incumplimiento se ha afirmado la impugnación de acuerdos sociales habían sido adoptados por todos los socios sin que interviniera en el pacto ningún tercero, y la doctrina se muestra reacia a admitir la impugnación de acuerdos por infracción de pactos suscritos por todos los socios frente a terceros (K. SCHMIDT, *ob. cit.*, § 45 Rdn. 117), aunque con precedentes judiciales semejantes a los alemanes se defiende lo contrario para el ordenamiento austriaco (VAVROVSKY, *ob. cit.*, pgs. 126 y 127).

Es cierto, en este sentido, que desde un punto de vista práctico, y siempre y cuando no medien intereses de terceros ajenos al pacto, puede ser complicado entender que no se admita la impugnación de un acuerdo social por el mero hecho de que quien pretende impugnar el acuerdo con base en el pacto parasocial no ostente la condición de

socio. Se comprobará, no obstante, que el problema radica en el fundamento jurídico que justificaría la impugnación en tal hipótesis.

Por otra parte, algunos autores alemanes van más allá de lo afirmado jurisprudencialmente, y defienden asimismo la impugnación cuando en el pacto no intervienen todos los socios, sino aquéllos que gozan de una mayoría suficiente para modificar los estatutos, a condición de que el pacto incumplido fuera conocido por todos los minoritarios (NOACK, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, Tübingen, 1994, pg. 167; y para otras propuestas en un sentido semejante, RODEMANN, *ob. cit.*, pgs. 86 y 87). En contra, se considera que entonces el pacto desplegaría sus efectos contra terceros, lo cual entraría en contradicción con la eficacia que cabe reconocer a cualquier contrato (VAVROVSKY, *ob. cit.*, pg. 127). Pero incluso en los casos en que hay una coincidencia absoluta entre socios y partes del pacto parasocial, la cuestión no está exenta de dificultades, por lo que, para determinar los presupuestos y límites de la impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales, ha de atenderse necesariamente a la fundamentación jurídica en que puede apoyarse esa posibilidad.

4. Fundamento jurídico de la impugnación

Nuestra jurisprudencia ha admitido la impugnación de acuerdos sociales por vulnerar pactos parasociales sirviéndose de distintos argumentos. En un primer momento la cuestión se ha resuelto como un supuesto de levantamiento del velo [STS de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6194)]. Posteriormente, se ha entendido que el pacto parasocial suponía un acuerdo informal adoptado en junta universal, y que, por consiguiente, vinculaba como tal a la sociedad [SSTS de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1600), de 10 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1204), y, aunque no se discutiera aquí sobre la impugnación de un acuerdo social, v. también STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2850)].

Tampoco en la doctrina hay consenso por lo que se refiere a los motivos que justifican la impugnación de acuerdos sociales ante estos supuestos. En todo caso, parece incuestionable que esta posibilidad sólo existe en la medida en que se admita la ejecución específica de las obligaciones contenidas en el pacto parasocial y, en particular, el ejercicio de una acción de remoción dirigida a sustituir el acuerdo social

adoptado mediante el incumplimiento del pacto. Atendiendo a las consecuencias prácticas que se alcanzan por esta vía, semejantes a las que se persiguen con la impugnación, se apela entonces a la economía procesal (en la que se basa exclusivamente la jurisprudencia alemana) o al principio *dolo facit qui petit quod redditurs est* (entre nosotros, PAZ-ARES, *ob. cit.*, pgs. 38 y 39).

Una argumentación semejante no basta, sin embargo, para justificar dogmáticamente la impugnación, y plantea, además, numerosas incertidumbres y dificultades de técnica jurídica (cfr. P. ULMER, «Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GMBH-Recht?», *NJW*, 1987, pgs. 1849, 1853 y 1854; WINTER, *ob. cit.*, pgs. 273 a 277; RODEMANN, *ob. cit.*, pgs. 90 y 91). Por el contrario, ha de encontrarse un fundamento que permita no sólo encuadrar tales hipótesis en las causas de impugnación previstas legalmente [para la importancia de este aspecto, v. SSTs de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 17), de 6 de marzo de 2009 (JUR 2009, 140200), y de 6 de marzo de 2009 (JUR 2009, 140201)], sino asimismo delimitar bajo qué presupuestos y con qué límites puede admitirse la impugnación de un acuerdo social por vulnerar lo dispuesto en un pacto parasocial.

En estas líneas no puede resumirse la polémica suscitada, sobre todo en la doctrina alemana, sobre la fundamentación jurídica con la que justificar la impugnación de acuerdos sociales en casos como los indicados. No obstante, las elaboraciones doctrinales parecen coincidir en considerar el acuerdo social anulable como consecuencia de la equiparación, por una u otra vía, de lo contenido en el pacto con las normas estatutarias y, en última instancia, con el interés social.

De este modo, se defiende que se está ante una interpretación o concreción de los estatutos (en esta línea, v. ZÖLLNER, en BAUMBACH/HUECK, *GmbH-Gesetz*, 18. Aufl., München, 2006, § 47 Rdn. 79), o ante un supuesto en el que encontraría aplicación la doctrina sobre el levantamiento del velo (cfr. ULMER, *ob. cit.*, pgs. 1853 a 1855; entre nosotros, FERNÁNDEZ DEL POZO, *ob. cit.*, pg. 174; y un apunte en esta dirección ya en DUQUE, «Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas», en ALONSO UREBA/DUQUE/ESTEBAN VELASCO/GARCÍA VILLAVERDE/SÁNCHEZ CALERO, *Derecho de sociedades anónimas*, I, Madrid, 1991, pg. 89), o ante la infracción de vínculos con eficacia corporativa al

margen de los estatutos (cfr., aunque con diferencias, K. SCHMIDT, *ob. cit.*, § 45, Rdn. 116; WINTER, *ob. cit.*, pgs. 278 y 277; NOACK, *ob. cit.*, pgs. 163 a 167).

Si todos los socios son parte del pacto parasocial, se antoja razonable, en todo caso, sostener que el acuerdo social contrario a lo pactado lesiona el interés social [en cuanto a la conclusión, cfr. de 10 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1204), así como PAZ-ARES, *ob. cit.*, pg. 41, que considera equivalente el razonamiento que, para el ordenamiento alemán, encuentra en esta clase de acuerdos una infracción del deber de lealtad o buena fe por los socios, y, en este sentido, cfr. ZÖLLNER, loc. ult. cit.; K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., Köln, 2002, § 5 I 5, pg. 94, así como EHRICKE, *Schuldvertragliche Nebenabreden zu GmbH-Gesellschaftsverträgen*, Heidelberg, 2004, pgs. 29 a 34, donde puede comprobarse la relación entre deber de fidelidad, interés de los socios e interés social, así como su posible concreción en pactos parasociales suscritos por todos los socios].

En cambio, esta justificación no puede extenderse sin más ante el incumplimiento de pactos parasociales en los que tomen parte también terceros. Habrá que distinguir según los casos, pero no puede explicarse de este modo el supuesto considerado por nuestra jurisprudencia al admitir la impugnación de un acuerdo social por un tercero al que el único socio de una anónima había reconocido en un pacto parasocial la condición de socio [STS de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6194)]. Y es que, en rigor, no se trataba de impugnar el acuerdo social por la infracción del pacto parasocial, sino por la vulneración de la norma estatutaria que, en caso de pluralidad de accionistas, exigía para la adopción de acuerdos en junta el voto favorable de dos socios como mínimo, con lo cual la doctrina sobre el levantamiento del velo se aplicó para concluir que frente a la sociedad unipersonal, en realidad, había dos socios, y no para hacer equivalente lo dispuesto en el pacto a lo previsto en los estatutos o considerar que el pacto concretaba el interés social.

Lo que en ningún caso parece que puede admitirse es impugnar un acuerdo social por el incumplimiento de un pacto parasocial en el que no intervienen todos los socios, aunque el pacto lo suscriba una mayoría suficiente como para modificar los estatutos y los demás socios conozcan de su existencia (sin embargo, como se advirtió, es la opinión, entre otros, de NOACK, *ob. cit.*, pg. 167). Al contrario, un acuerdo social sólo es impugnable cuando vulnera una norma cuyos destinatarios son todos los socios,

lo que, con la excepción de los vínculos contractuales asumidos por la totalidad de los socios, sucede únicamente cuando dicha regla se contiene en la Ley o los estatutos (VAVROVSKY, *ob. cit.*, pg. 126). Sólo en esas normas, siguiendo el razonamiento al que se ha aludido con anterioridad, puede entenderse concretado el interés social o el deber de fidelidad de los socios.

Por último, cabe señalar que la impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales debe considerarse una medida excepcional incluso cuando todos los socios son parte del pacto (es la tendencia que cabe observar también en buena parte de la doctrina alemana: v., al respecto, HÜFFER, en P. ULMER/HABERSACK/M. WINTER, *Großkommentar zum GmbHG*, II, Tübingen, 2006, § 47 Rdn. 84).

No basta, así, con que todos los socios sean parte del pacto, ni siquiera con que no se vean afectados intereses de terceros. En general, puede aquí sólo avanzarse que no puede conseguirse mediante el recurso a la impugnación una consecuencia que no podría alcanzarse exigiendo el cumplimiento del pacto parasocial (cfr. PAZ-ARES, *ob. cit.*, pgs. 36 y 37). Es más, lo que sólo puede ser acordado con eficacia en los estatutos no puede exigirse a partir de lo previsto en un pacto parasocial, y los pactos en los que intervienen todos los socios, en la medida que ante su infracción se les reconozca una eficacia similar, deberían en buena lógica venir sometidos a los mismos límites que se imponen a los estatutos (RODEMANN, *ob. cit.*, pg. 95).